

HOR.2023.16

Urteil vom 8. Dezember 2023

Besetzung Obergerichter Vetter, Vizepräsident
Ersatzrichterin Müller
Handelsrichterin Baumann
Handelsrichter Friedli
Handelsrichter Gruntz
Gerichtsschreiber Sulser
Gerichtsschreiberin-Stv. Hunziker

Klägerin **A._____ AG, [...]**
vertreten durch lic. iur. Roman Bruhin und M.A. HSG Marc Zimmermann,
Rechtsanwälte, Räfifelstrasse 12, 8045 Zürich

Beklagte **Kantonsspital Q._____ AG, [...]**
vertreten durch lic. iur. Felix Weber, Rechtsanwalt, Hintere Bahn-
hofstrasse 10, Postfach, 5001 Aarau

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend definitive Eintragung eines Bauhand-
werkerpfandrechts

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in R._____. Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (Beilage 5 zur Eingabe vom 31. Mai 2023).

Die Klägerin hat am 31. Mai 2023 eine Forderung der B._____ GmbH in Liquidation gegenüber der C._____ GmbH erworben (vgl. nachstehend Ziff. 7.4).

2.

Die Beklagte ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Q._____. Sie bezweckt im Wesentlichen die Führung des Kantonsspitals Q._____ als Spital bzw. Kantonsspital mit gemeinnütziger Zweckbestimmung im Sinne der aargauischen Spezialgesetzgebung (Klagebeilage [KB] 3).

Die Beklagte ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. aaa GB Q._____ (E-GRID: CH bbb) (KB 4).

3.

Die Beklagte ist Bauherrin des Bauprojekts "X._____" auf Grdst.-Nr. aaa GB Q._____. In diesem Zusammenhang hat sie am 29. März 2022 mit der C._____ GmbH, S._____, einen Werkvertrag für Trockenbau- und Gipserarbeiten abgeschlossen (KB 8). Die C._____ GmbH hat am 17. November 2021 ihrerseits einen "Subunternehmervertrag" mit der damaligen B._____ GmbH (heute: B._____ GmbH in Liquidation), T._____, abgeschlossen (KB 6) (Klage Rz. 7 ff.).

4.

4.1.

Mit Gesuch vom 6. Dezember 2022 ersuchte die B._____ GmbH in Liquidation im Verfahren HSU.2022.40 den Vizepräsidenten des Handelsgerichts um Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Q._____ der Beklagten für eine Pfandsomme von Fr. 2'439'725.00 zuzüglich 5 % Zins seit dem 5. Oktober 2022 (KB 5).

4.2.

Am 21. Dezember 2022 schrieb der Vizepräsident das Gesuch infolge Anerkennung ab und wies das Grundbuchamt Q._____ an, die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Q._____ für eine Pfandsomme von Fr. 2'439'725.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 5. Oktober 2022 einzutragen. Gleichzeitig wurde der B._____ GmbH in Liquidation Frist angesetzt, bis zum 22. März 2023 beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

5.

Mit Klage vom 15. März 2023 (Postaufgabe: 15. März 2023) stellte die B._____ GmbH in Liquidation folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Q._____ sei anzuweisen, das zu Lasten des Grundstücks der Beklagten [...], Grundstücknummer aaa, Plan Nr. [...], E-GRID CH bbb, bereits vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin für die Pfandsomme von CHF 2'439'725.00 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5% Zins seit 5. Oktober 2022 definitiv einzutragen;

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Zur Begründung führte die B._____ GmbH in Liquidation im Wesentlichen aus, sie habe im Zeitraum von November 2021 bis August 2022 am Bauprojekt X._____ Trockenbau- und Gipserarbeiten ausgeführt. Sie habe Arbeiten im Betrag von Fr. 3'355'915.04 (inkl. MwSt.) ausgeführt. Die C._____ GmbH habe der B._____ GmbH in Liquidation Akontozahlungen in Höhe von total Fr. 916'190.04 (inkl. MwSt.) geleistet. Damit bestehe eine Restforderung von Fr. 2'439'725.00, die bis heute unbezahlt geblieben sei.

6.

6.1.

Mit Eingabe vom 11. April 2023 verkündete die Beklagte der C._____ GmbH den Streit und stellte folgende prozessuale Begehren:

" 1.

Im Verfahren HOR.2023.16 sei der Streitberufenen durch die Beklagte/Streitverkünderin der Streit zu verkünden (einfache Streitverkündung im Sinne von Art. 78 ff. ZPO).

2.

Verfahrensantrag: Der Beklagten/Streitverkünderin sei im Verfahren HOR.2023.16 die Frist für die Erstattung der Klageantwort gemäss Verfügung vom 21. März 2023 abzunehmen, bis sich die Streitberufene zu ihrer Form der Beteiligung im Prozess geäußert hat. Anschliessend sei der Beklagten/Streitverkünderin neu Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen MWST)."

6.2.

Mit Verfügung vom 12. April 2023 nahm der Vizepräsident der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort ab und setzte der C._____ GmbH Frist bis 5. Mai 2023, um sich zu erklären, ob sie zugunsten der Beklagten als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen wolle (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO), anstelle der Beklagten mit deren Einverständnis den Prozess führen wolle (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO) oder den Eintritt ins Verfahren ablehne (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

6.3.

Die C._____ GmbH liess sich innert Frist nicht vernehmen.

7.

7.1.

Mit Eingabe vom 1. Mai 2023 stellte die Beklagte folgende prozessuale Begehren:

" 1.

Die Klägerin [B._____ GmbH] sei zu verpflichten, für die Parteientschädigung der Beklagten in der Höhe von CHF 106'131.35 Sicherheit zu leisten.

2.

Es sei der Klägerin eine Frist zur Leistung der Sicherheit anzusetzen und ihr sei für den Fall der Säumnis anzudrohen, nicht auf die eingereichte Klage einzutreten.

3.

Der Beklagten sei bis zur Leistung der Sicherheit die Frist zur Klageantwort abzunehmen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen MWST)."

7.2.

Mit Eingabe vom 15. Mai 2023 beantragte die B._____ GmbH in Liquidation, auf das Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen, sub-/subsubeventualiter sei die beantragte Sicherstellung angemessen zu reduzieren bzw. maximal im Umfang von Fr. 37'697.40 gutzuheissen.

7.3.

Am 17. Mai 2023 verfügte der Vizepräsident:

" 1.

1.1.

Die **Klägerin** hat **bis zum 31. Mai 2023** eine Parteikostensicherheit im Umfang von **Fr. 106'131.35** zu leisten.

1.2.

Die Sicherheit kann durch Hinterlegung von **Bargeld** bei der Kasse des Obergerichts des Kantons Aargau bzw. **Überweisung** auf das im beiliegenden Einzahlungsschein angegebene Konto **oder** durch eine unbedingte, unbefristete und unwiderrufliche **Garantie** einer in der Schweiz niedergelassenen Bank oder eines zum Geschäftsbetrieb in der Schweiz zugelassenen Versicherungsunternehmens geleistet werden (vgl. Art. 101 Abs. 1 ZPO).

1.3.

Fristerstreckungen werden grundsätzlich **nicht** gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei

oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.

2.

Nach erfolgter Sicherheitsleistung durch die Klägerin wird der Beklagten Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort angesetzt."

7.4.

Mit Eingabe vom 31. Mai 2023 stellte die B._____ GmbH in Liquidation folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei der Klägerin die Frist zur Leistung einer Parteikostensicherheit im Umfang von CHF 106'131.35 abzunehmen;

2.

Es sei die Pflicht der Klägerin zur Leistung einer Parteikostensicherheit aufzuheben;

3.

Das Grundbuchamt Q._____ sei anzuweisen, in Bezug auf das zu Lasten des Grundstücks der Beklagten [...], Grundstücknummer aaa, Plan Nr. [...], E-GRID CH bbb, bereits vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin für die Pfandsumme von CHF 2'439'725.00 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5% Zins seit 5. Oktober 2022, im Gläubigerregister den Gläubigerwechsel von der B._____ GmbH auf die A._____ AG zu vermerken;

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Hintergrund war die Abtretungserklärung der B._____ GmbH in Liquidation vom 31. Mai 2023, mit der sie ihre Forderung gegenüber der C._____ GmbH an die Klägerin abgetreten hat. Die Klägerin erklärte gleichentags, anstelle der B._____ GmbH in Liquidation in den Prozess einzutreten und den Prozess als neue Klägerin weiterzuführen.

7.5.

Die Beklagte liess sich hierzu nicht vernehmen.

7.6.

Am 12. Juni 2023 verfügte der Vizepräsident:

" 1.

Das vorliegende Verfahren wird seitens der Klägerin neu von der A._____ AG, T._____, geführt.

2.

Die am 17. Mai 2023 verfügte Parteikostensicherheit im Umfang von Fr. 106'1315.35 [recte: Fr. 106'131.35] entfällt.

3.

Die Beklagte hat bis zum **20. Mai 2023** eine schriftliche **Antwort** zu erstatten.

4.

Fristerstreckungen werden grundsätzlich **nicht** gewährt. Ausnahmsweise ist eine Fristerstreckung beim Vorliegen zureichender Gründe möglich (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als solche gelten die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe.

5.

Das **Grundbuchamt Q.**_____ wird angewiesen, bei der aufgrund der Verfügung vom 21. Dezember 2022 erfolgten Vormerkung einer **vorläufigen Eintragung** eines Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 839/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Q._____ (E-GRID: CH bbb) der Gesuchsgegnerin für eine **Pfandsumme** von **Fr. 2'439'725.00** zuzüglich 5 % Zins ab dem 5. Oktober 2022 vom Parteiwechsel Vermerk zu nehmen und die Gläubigerinformationen entsprechend anzupassen."

7.7.

Mit Verfügung vom 14. Juni 2023 korrigierte der Vizepräsident die Frist zur schriftlichen Antwort auf den 22. Juni 2023.

8.

Mit Klageantwort vom 21. Juni 2023 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

2.

Das Grundbuchamt Q._____ sei anzuweisen, die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf LIG Q._____/aaa der Beklagten für eine Pfandsumme von CHF 2'439'725.00 zuzüglich 5 % Zins seit dem 5. Oktober 2022 zu löschen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, das streitgegenständliche Grundstück stelle Verwaltungsvermögen dar und sei damit unpfändbar. Weiter qualifiziere die B._____ GmbH in Liquidation, deren Anspruch sich die Klägerin abtreten liess, nicht als pfandberechtigte Handwerkerin oder Unternehmerin im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Schliesslich werde bestritten, dass die B._____ GmbH in Liquidation Arbeiten am Neubauprojekt der Beklagten geleistet habe. Jedenfalls seien die geltend gemachten Leistungen (Arbeit und Material) durch die Klägerin nicht substantiiert behauptet bzw. bewiesen worden.

9.

Mit Replik vom 24. August 2023 stellte die Klägerin folgende geänderten bzw. ergänzten Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Q._____ sei anzuweisen, das zu Lasten des Grundstücks der Beklagten [...], Grundstücknummer aaa, Plan Nr. [...], E-GRID CH bbb, bereits vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin für die Pfandsumme von CHF 2'439'725.00 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5% Zins seit 5. Oktober 2022 definitiv einzutragen.

2.

Eventualiter sei eine gesetzliche einfache Bürgschaft der Beklagten zugunsten der Klägerin in der Höhe von CHF 2'439'725.00 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5% Zins seit 5. Oktober 2022 zu errichten.

3.

Sub-Eventualiter sei das Bestehen einer gesetzlichen einfachen Bürgschaft der Beklagten zugunsten der Klägerin in der Höhe von CHF 2'439'725.00 (inkl. MwSt.) zuzüglich 5% Zins seit 5. Oktober 2022 festzustellen.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

10.

Mit Duplik vom 4. Oktober 2023 hielt die Beklagte an ihren Rechtsbegehren und ihrer Begründung im Wesentlichen fest.

11.

11.1.

Mit Verfügung vom 23. Oktober 2023 überwies der Vizepräsident die Streitsache an das Handelsgericht, gab die Zusammensetzung des Gerichts bekannt und forderte die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf die Hauptverhandlung vom 8. Dezember 2023, 16:00 Uhr gänzlich (Art. 233 ZPO) bzw. alternativ auf die Durchführung dieser mündlichen Hauptverhandlung verzichten und dem Gericht beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO).

11.2.

Mit Eingabe vom 30. Oktober 2023 teilte die Beklagte mit, sie verzichte auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung und beantrage, die Schlussvorträge schriftlich einzureichen. Die Klägerin teilte am 1. November 2023 mit, dass sie auf die Hauptverhandlung nicht verzichten möchte.

11.3.

Mit Verfügung vom 2. November 2023 lud der Vizepräsident zur Hauptverhandlung vom 8. Dezember 2023, 16:00 Uhr, vor und erliess die Beweisverfügung.

11.4.

Am 8. Dezember 2023 fand die Hauptverhandlung statt. Die Parteien hielten ihre Schlussvorträge und konnten sich dabei je zwei Mal äussern. Anschliessend zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das vorliegende Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein (vgl. Antwort Rz. 22), weshalb die Gerichte des Kantons Aargau örtlich zuständig sind.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die Streitigkeit beschlägt die geschäftliche Tätigkeit sowohl der Klägerin als auch der Beklagten. Beide sind zudem im Handelsregister eingetragen (KB 2 und 3) und der Streitwert beträgt Fr. 2'439'725.00. Das Handelsgericht ist somit nach Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig.

1.2. Prosequierungsfrist

Mit Klage vom 15. März 2023 hielt die ursprüngliche Klägerin, die B._____ GmbH in Liquidation, die mit Verfügung vom 21. Dezember 2022 bis zum 22. März 2023 angesetzte Prosequierungsfrist ein.

2. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

2.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.¹ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.² Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für

¹ Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

² BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).³ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁴

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁵ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁶ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁷ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.⁸

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).⁹ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.¹⁰ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Die Zulässigkeit des Verweises bedingt, dass die Partei die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen in der Rechtsschrift behauptet.¹¹ Aus dem in der Rechtsschrift aufzuführenden Verweis muss zudem für das Gericht und die Gegenpartei klar ersichtlich sein, dass Informationen aus einem Aktenstück zum Tatsachenfundament erhoben werden sollen. Weiter hat die Rechtsschrift ein spezifisches Aktenstück zu nennen und es muss ersichtlich sein,

³ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

⁴ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, N. 387.

⁵ BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

⁶ BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

⁷ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

⁸ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445.

⁹ BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 6), S. 60.

¹⁰ BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 6), S. 61.

¹¹ Vgl. BGer 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 9), S. 535 f.

welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹² Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.¹³ Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbst-erklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.¹⁴ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹⁵

2.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁶ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.¹⁷ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.¹⁸ Auch ein im-

¹² BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; BGer 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 9), S. 536 ff.

¹³ BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹⁴ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3; eingehend BRUGGER (Fn. 9), S. 538 ff.

¹⁵ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 9), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

¹⁶ BK ZPO I-HURNI (Fn. 15), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; Josi (Fn. 6), S. 57.

¹⁷ Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZZZP 2019, S. 19.

¹⁸ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 1), S. 445 f.

plizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.¹⁹ Auch ein Bestreiten mit Nichtwissen ist zulässig, jedenfalls soweit die fraglichen Geschehnisse nicht Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden.²⁰

2.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.²¹ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ungenügende Parteibehauptungen zu vervollständigen.²² Dies gilt namentlich auch für die von der Klägerin beantragten Gutachten. Ohne substantiierte Behauptungen kommt es nicht zu einem Beweisverfahren und dem Handelsgericht ist es folglich verwehrt, Gutachter einzusetzen. Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.²³

2.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁴ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²⁵ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tat-

¹⁹ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

²⁰ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.3.

²¹ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

²² DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; Josi (Fn. 6), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

²³ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich Josi (Fn. 6), S. 62.

²⁴ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²⁵ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

sachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²⁶ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²⁷ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).²⁸

3. Verfahren auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gegenstand des Bauhandwerkerpfandrechts sind die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben. Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Zur Wahrung der Frist genügt es, wenn der Handwerker bzw. der Unternehmer innerhalb der Frist die vorläufige Eintragung in Form einer Vormerkung im Grundbuch erwirkt.²⁹

Gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die Pfandsumme vom Eigentümer anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist und kann nicht verlangt werden, wenn der Grundstückseigentümer für die Forderung hinreichende Sicherheit leistet. Liegt keine Anerkennung des Grundstückseigentümers vor, kann die Eintragung nur durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil angeordnet werden. Im ordentlichen Zivilprozess betreffend die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts hat der Unternehmer die seinem Anspruch sowie den Voraussetzungen für die Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen nicht lediglich glaubhaft zu machen, wie im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts,³⁰ sondern strikte zu beweisen.³¹ Nach dem dafür erforderlichen Regelbeweismass ist ein Beweis erbracht, *"wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung*

²⁶ BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 9), S. 537.

²⁷ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 26), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 6), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

²⁸ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 3), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

²⁹ SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1068.

³⁰ BGE 137 III 563 E. 3.3, 86 I 265 E. 3; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 1529 ff.; BSK ZGB II-THURNHERR, 7. Aufl. 2023, Art. 839/840 N. 37.

³¹ SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 1740; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, N. 1775.

überzeugt ist".³² Numerisch wird von einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 90 % ausgegangen.³³ Die Klägerin hat folglich ihren Anspruch um gerichtliche Anordnung der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts *"so intensiv nachzuweisen, wie es [ihr] nur möglich ist"*.³⁴

4. Pfandberechtigte Forderungen

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Klägerin

Die Klägerin bringt vor, im Rahmen des Bauprojekts X._____ seien ursprünglich ab Mai 2021 die ARGE D._____ [nachfolgend: ARGE] für ca. 80 % der Gipser- und Trockenbauarbeiten für das EG und sämtliche Arbeiten für das 1. und 2. OG des Gebäudes und die E._____ AG für die restlichen ca. 20 % für das EG und alle anderen Etagen beauftragt worden (Klage Rz. 43; vgl. Replikbeilage [RB] 22). Im Herbst 2021 seien Meinungsverschiedenheiten zwischen der Beklagten und der ARGE in Bezug auf die Arbeitsqualität entstanden (vgl. RB 23). Der ARGE seien die Arbeiten im November 2021 entzogen worden (Replik Rz. 44). Am 12. November 2021 sei F._____ von der B._____ GmbH in Liquidation von G._____ von der H._____ AG [Fachbauleitung] telefonisch mit der dringlichen Anfrage kontaktiert worden, ob dieser so viele Handwerker wie möglich organisieren könne, um ab 15. November 2021 diverse Gipser- und Trockenbauarbeiten auf der Baustelle X._____ zu erledigen. Man habe dringend einen Ersatzunternehmer gesucht, der die notwendigen Ausbesserungs- und Instandstellungsarbeiten vornehme (Replik Rz. 45). F._____ habe daraufhin I._____ von der C._____ GmbH mit der Anfrage kontaktiert. G._____ von der H._____ AG habe sowohl F._____ als auch I._____ aus früheren Bauprojekten gut gekannt. Die Unternehmen hätten den Ruf, über ein breites Netzwerk und die Fähigkeit zu verfügen, kurzfristig zahlreiche Gipserunternehmen für Grossprojekte zu organisieren (Replik Rz. 46). Die Beklagte habe daraufhin die C._____ GmbH für die dringenden Ausbesserungs- und Instandstellungsarbeiten beauftragt (Replik Rz. 47). Die C._____ GmbH habe zu dieser Zeit lediglich über zwei Mitarbeiter verfügt. Deshalb habe sie praktisch die gesamten Arbeiten an die B._____ GmbH in Liquidation sowie die J._____ AG (und zu einem kleineren Teil an die K._____ GmbH) weitervergeben. Die B._____ GmbH in Liquidation habe ihre Arbeit auf der Baustelle am 15. November 2021 aufgenommen. Da die Gipser- und Trockenbauarbeiten sehr umfangreich gewesen seien, habe die B._____ GmbH in Liquidation ihrerseits von Beginn an die L._____ GmbH als Subunternehmerin für einzelne Arbeiten beauftragt (RB 20). Im Verlauf des Projekts habe die B._____ GmbH in Liquidation zudem für einzelne Arbeiten insbesondere die M._____ GmbH, die N._____ GmbH, die K._____

³² BGE 140 III 610 E. 4.1, 132 III 715 E. 3.1. Vgl. auch VETTER/CARBONARA, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2023, N. 140 m.w.N.

³³ VETTER/CARBONARA (Fn. 32), N. 140 m.w.N.

³⁴ SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 1740.

GmbH und die O._____ GmbH beauftragt. Weiter habe sie diverses Material von verschiedenen Lieferanten, mitunter der Klägerin, bezogen (Replik Rz. 39 ff., 47 f. und 57). Die B._____ GmbH in Liquidation sei auch von der C._____ GmbH mündlich beauftragt worden, alle Gipser- und Trockenbauarbeiten auf der Baustelle zu koordinieren. G._____ habe explizit darum gebeten, dass P._____ von der B._____ GmbH in Liquidation die Arbeiten leiten solle (Replik Rz. 48 und 50).

Zwischen der Beklagten und der C._____ GmbH habe im November 2021 erst eine mündliche Vereinbarung bestanden. Im Dezember 2021 habe die Beklagte entschieden, der C._____ GmbH nebst den Instandstellungsarbeiten auch den grössten Teil der ursprünglich der ARGE vergebenen Arbeiten (die sog. Pakete 2 und 3) zu übertragen. Erst am 23. März 2022 [recte: 29. März 2022] sei dann eine detaillierte schriftliche Vereinbarung geschlossen worden (Replik Rz. 51; KB 8; RB 26 f.). Auch diese Arbeiten (Pakete 2 und 3) habe die C._____ GmbH an die B._____ GmbH in Liquidation bzw. die J._____ AG weitervergeben (Replik Rz. 52; RB 25).

Mit Schreiben vom 30. August 2022 (KB 10) habe die Beklagten den zwischen ihr und der C._____ GmbH bestehenden Werkvertrag per sofort beendet. In der Konsequenz habe die C._____ GmbH die B._____ GmbH in Liquidation gleichentags instruiert, die laufenden Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten per sofort einzustellen (Klage Rz. 12). Die B._____ GmbH in Liquidation habe am 24. September 2022 die Schlussrechnung per 1. September 2022 ausgestellt (Klage Rz. 14; KB 11).

Da die B._____ GmbH in Liquidation ihre Arbeit am 15. November 2021 aufgenommen habe, ohne zuvor die Möglichkeit gehabt zu haben, die Arbeiten im Detail vor auszuplanen, wie dies – insbesondere für Baustellen dieser Grössenordnung – der Fall wäre, sei die Organisation der Arbeiten während des ganzen Projekts im Wochen- bzw. teilweise im Tagestakt in Absprache mit der H._____ AG [Fachbauleitung] koordiniert worden. So habe jeden Dienstag eine grosse Bausitzung stattgefunden, an denen die Projektleiter bzw. Vorarbeiter die Bauarbeiten für den Innenausbau koordiniert hätten. Von der B._____ GmbH in Liquidation hätten jeweils P._____ und/oder AB._____ bzw. AC._____ teilgenommen. Über die Sitzungen sei jeweils ein Protokoll erstellt worden (exemplarisch RB 29). Aus dem Verteiler zum Versand dieser Protokolle sei die Teilnahme der Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation ersichtlich, wobei auch F._____ jeweils auf dem Verteiler gewesen sei (exemplarisch RB 30) (Replik Rz. 57). Daneben hätten auch kleinere Bausitzungen stattgefunden, teilweise im Tagestakt (Replik Rz. 58). Damit die C._____ GmbH den Überblick habe behalten können, hätten die Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation E-Mail-Adressen der C._____ GmbH ("@C._____ch") erhalten. Auf zahlreichen Dokumenten seien leitende Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation auch unter dem Vermerk "C._____ GmbH" genannt, da die C._____ GmbH

die Vertragspartnerin und Ansprechperson der Beklagten gewesen sei. Dies ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass es sich um Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation gehandelt und die B._____ GmbH in Liquidation die Arbeiten vor Ort erledigt habe. Aus den Zutrittsprotokollen der Sicherheitsfirma der Beklagten sei ersichtlich, dass es sich um Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation bzw. ihrer Subunternehmer gehandelt habe (Replik Rz. 59 f.; RB 35 f.). Dies sei etwa auch G._____ von der H._____ AG bekannt gewesen (Replik Rz. 61; RB 39). Auch AE._____ von der AF._____ AG [Bauleitung] habe mit Schreiben vom 23. August 2022 (RB 41) bemängelt, dass leitende Personen der B._____ GmbH in Liquidation (AC._____, P._____ und AB._____) nicht immer vor Ort gewesen seien, was zwar bestritten werde, aber die Anwesenheit der drei Personen auf der Baustelle sowie die Kenntnis dieses Umstands bei der Beklagten bzw. deren Hilfspersonen bestätige (Replik Rz. 63). Den Hilfspersonen der Beklagten bzw. der H._____ AG, der AF._____ AG, der AG._____ AG und der Sicherheitsfirma sei zu jedem Zeitpunkt klar gewesen, dass die B._____ GmbH in Liquidation mit eigenen Mitarbeitern unter Beizug verschiedener Subunternehmen Arbeiten auf der Baustelle erledigt habe (Replik Rz. 64).

Die B._____ GmbH in Liquidation habe zusätzlich die Koordination der Gipser- und Trockenbauarbeiten übernommen, inkl. der Arbeiten, welche die C._____ GmbH der J._____ AG vergeben habe. P._____ von der B._____ GmbH in Liquidation sei für die Verteilung der Gipser- und Trockenbauarbeiten, wie sie an den Bausitzungen besprochen worden seien, an die einzelnen Subunternehmer und deren Mitarbeiter verantwortlich gewesen. Da die Arbeiten jeweils im Wochen- bzw. Tagestakt haben koordiniert werden müssen, sei keine vorgängige örtliche Zuteilung von einzelnen Bauabschnitten oder Baubereichen an die einzelnen Subunternehmer erfolgt, sondern vielmehr im Tagestakt nach dem jeweiligen Bedarf. Aufgrund des kurzfristigen Abzugs der ARGE sei es gar nicht möglich gewesen, die Arbeiten anders als auf diese Weise zu organisieren und im Regietarif abzurechnen. Die Mitarbeiter der Subunternehmer hätten ihre Stunden jeweils in Stundenlisten erfasst und die B._____ GmbH in Liquidation habe diese, zusammen mit ihren eigenen Stunden, der C._____ GmbH zu den vereinbarten Tarifen in Rechnung gestellt (Replik Rz. 65).

4.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin (vgl. im Einzelnen Duplik Rz. 25 ff.). Namentlich werde mit Nichtwissen bestritten, dass die B._____ GmbH in Liquidation mit der C._____ GmbH überhaupt einen Vertrag mit Bezug auf das Neubauprojekt X._____ der Beklagten abgeschlossen habe und diese selbst bzw. mit Sub-Subunternehmern Leistungen erbracht hätte (Antwort Rz. 13 und 20; Duplik Rz. 26 ff.). Die Beklagte bestreitet, dass die C._____ GmbH über lediglich zwei Mitarbeiter verfügt

hätte. Die Beklagte sei davon ausgegangen, dass es sich bei den Bauarbeitern auf der Baustelle um Mitarbeiter der C._____ GmbH gehandelt habe, zumal die C._____ GmbH die Beklagte entgegen den vertraglichen Pflichten nie über den Beizug von Subunternehmer informiert habe (Duplik Rz. 33). Sollte tatsächlich ein Vertrag abgeschlossen worden sein, so lägen keine pfandberechtigten Leistungen vor. Gemäss Ziff. I des Subunternehmervertrags (KB 6) habe die B._____ GmbH in Liquidation für die C._____ GmbH Arbeiten nach jeweiliger Absprache ausführen sollen. Vereinbart worden sei somit nicht die Erbringung eines bestimmten Erfolgs oder die Erstellung eines bestimmten Werks, sondern lediglich die Unterstützung der C._____ GmbH nach Anweisung derselben im Bereich Trockenbau und Gipsarbeiten. Als Vergütung sei denn auch einzig eine Entschädigung nach geleisteten Arbeitsstunden vorgesehen gewesen. Auch seien keine Materiallieferungen vereinbart gewesen. Es sei somit lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden im Rahmen der Anweisungen der C._____ GmbH geschuldet gewesen. Der Vertrag enthalte auch keine Bestimmungen über eine werkvertragliche Verantwortung der B._____ GmbH in Liquidation, sondern regle zur Hauptsache arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Themen (Antwort Rz. 14 ff.). Dass der Subunternehmervertrag bloss aufgrund der Kurzfristigkeit und Dringlichkeit der Arbeiten rudimentär ausgefallen sei, sei nicht nachvollziehbar. Die Klägerin widerspreche sich selbst, soweit sie geltend mache, weder die C._____ GmbH noch die B._____ GmbH in Liquidation hätten die Baustelle gekannt. In Replik Rz. 38, 39 und 44 habe die Klägerin ausgeführt, dass AB._____ von der B._____ GmbH in Liquidation ab März 2021 auf der Baustelle tätig gewesen sei und gar von der ARGE verursachte Mängel entdeckt habe. Im Subunternehmervertrag sei weiter weder ein bestimmter Erfolg vereinbart worden, noch habe die Klägerin substantiiert behauptet oder bewiesen, dass die B._____ GmbH in Liquidation für die Ausführung der Arbeiten über wesentliche Weisungsbefugnisse verfügt hätte. Es liege ein Dienstverschaffungsverhältnis vor (Duplik Rz. 43). Für eine (höchstens) unselbständige und abhängige Erbringung von Arbeitsleistungen spreche auch, dass im eingereichten Protokollauszug (RB 29) die besagten Mitarbeiter nicht unter "B._____ GmbH" geführt worden seien, sondern als Mitarbeiter der AF._____ AG und der C._____ GmbH. Auch F._____ sei nicht als Geschäftsführer der B._____ GmbH in Liquidation, sondern als Mitarbeiter der C._____ GmbH auf dem Verteiler (Duplik Rz. 51). Auch der Umstand, dass Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation E-Mail-Adressen der C._____ GmbH erhielten, lasse darauf schliessen, dass diese in die Organisation der C._____ GmbH eingegliedert gewesen seien. Es werde bestritten, dass der Beklagten bekannt gewesen sein solle, dass es sich bei F._____, P._____, AC._____ und AB._____ um Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation gehandelt habe. P._____ sei gegenüber der Beklagten bzw. der AF._____ AG als Mitarbeiter der C._____ GmbH aufgetreten, so auch auf dem Deckblatt zum Werkvertrag vom 29. März 2022 (Duplik Rz. 53; KB 6). AB._____ sei mit einem Badge der Firma AG._____ AG aufgetreten (vgl. Replik

Rz. 60), was ebenfalls bestätige, dass die B._____ GmbH in Liquidation (höchstens) Mitarbeiter an andere Gesellschaften verliehen habe (Duplik Rz. 54). Auch die von der Klägerin eingereichten Regierapporte trügen das Logo und die Adresse der C._____ GmbH (Duplik Rz. 72).

Schliesslich werde mit Nichtwissen bestritten, dass zwischen der C._____ GmbH und der B._____ GmbH in Liquidation eine mündliche Vereinbarung betreffend die Koordination der Arbeiten bestanden hätte bzw. G._____ darum gebeten habe, dass P._____ die Baustelle leiten solle (Duplik Rz. 44 und 59). Die Beklagte habe mit der C._____ GmbH im Übrigen erst am 29. März 2022 einen Werkvertrag geschlossen. Eine [für die Zeit davor gültige] mündliche Vereinbarung zwischen der C._____ GmbH und der Beklagten werde bestritten (Duplik Rz. 45 und 47).

4.2. Rechtliches

Anspruchsberechtigt und damit aktivlegitimiert für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sind Handwerker oder Unternehmer im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB. Unter Handwerkern versteht man diejenigen Gewerbetreibenden, die sich zur Ausführung spezieller Bauleistungen verpflichten wie Schreiner, Dachdecker, Spengler oder Gipser. Die Unternehmer ziehen hingegen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen Subunternehmer bei. Bei beiden kann es sich sowohl um natürliche oder juristische Personen handeln. Von rechtlicher Relevanz ist die Unterscheidung der beiden Begriffe nicht, da Handwerker und Unternehmer hinsichtlich des Bauhandwerkerpfandrechts gleich behandelt werden.³⁵ Subunternehmer verfügen über einen selbständigen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Beizug des Subunternehmers durch den Unternehmer erlaubt war oder ob der Bauherr um den Beizug wusste. Der Anspruch besteht auch unabhängig davon, ob der Bauherr den Hauptunternehmer bereits entschädigt hat. Insofern besteht ein Doppelzahlungsrisiko für den Bauherrn.³⁶

Nicht aktivlegitimiert sind die Arbeitnehmer und Angestellten der Handwerker und Unternehmer. Erforderlich ist damit Selbständigkeit, d.h. ein Handwerker oder Unternehmer muss die geschuldeten oder geleisteten Bauarbeiten in eigener rechtlicher Verantwortung, namentlich auf eigene Rechnung, versprochen bzw. geleistet und die korrespondierende Forderung persönlich erlangt haben.³⁷ Dasselbe gilt für Firmen, welche einem Handwerker oder Unternehmer temporäre Arbeitskräfte zur Verfügung stellen. Dies gilt auch für den Nebenunternehmer, der als Verleihbetrieb auftritt. Der Verleiher verspricht nichts anderes als diejenigen Dienste, die ihm von seinen Arbeitnehmern in den Einzelarbeitsverträgen zugesichert worden sind.

³⁵ BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 30), Art. 839/840 N. 3; VETTER/CARBONARA (Fn. 32), N. 31.

³⁶ BGE 95 II 87 E. 3; BGer 5A_282/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.2.2; SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 194 ff.; VETTER/CARBONARA (Fn. 32), N. 33.

³⁷ SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 455.

Temporär-Arbeitskräfte arbeiten nicht selbständig, sondern unter der Leitung des Einsatzbetriebs. In diesem Fall besteht nicht ein Werkvertrag, sondern ein Dienstverschaffungsvertrag, dessen wesentliche Elemente arbeitsrechtlicher und nicht werkvertraglicher Natur sind. Die Firma, die Bauarbeiter ausleiht, hat nicht für ein bestimmtes Werk einzustehen, sondern ist nur dafür verantwortlich, dass sie Arbeiter abordnet, die für die fragliche Tätigkeit geeignet sind.³⁸

Massgeblich für die Abgrenzung von Personalverleih- zu anderen Dienstleistungsverträgen ist der Inhalt des Vertrags und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein (vgl. Art. 18 OR). Als Hilfskriterien zur Abgrenzung von Personalverleihverhältnissen gegenüber anderen Vertragsarten können die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz dienen. Danach können zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverleihverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart als Kriterien etwa herangezogen werden, ob a) der "Dritte" bzw. Einsatzbetrieb über (unter Umständen geteilte) Weisungsbefugnisse verfügt; b) sich der Arbeitnehmer der Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb bedient; c) der Arbeitnehmer vornehmlich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebs arbeitet; d) der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses in einer Verrechnung von Einsatzstunden besteht und nicht in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte Vergütung; und e) der Dienstleister im Falle einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb nicht für Nachbesserung oder Preismilderung haftet.³⁹

4.3. Würdigung

Unbestritten ist, dass die Beklagte die C._____ GmbH mit Werkvertrag vom 29. März 2022 zur Ausführung der Gips- und Trockenbauarbeiten im EG und 1. OG des Neubauprojekts X._____ der Beklagten (sog. Pakete 2 und 3) beauftragt hat. Die Klägerin behauptet, dass die C._____ GmbH

³⁸ SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 456; BSK ZGB II-THURNHERR (Fn. 30), Art. 839/840 N. 3; VETTER/CARBONARA (Fn. 32), N. 32; BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 38; AppGer BS ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 2.1; HGer ZH HE160403 vom 31. Januar 2017 E. 3; OG OW vom 29. Juli 1997 = AbR 1996/97, Nr. 7, S. 57 ff. = BR 2/1999, Nr. 97, S. 71; GVP SG 1980, S. 20 f. = BR 3/1982, Nr. 56, S. 59 f.; vgl. auch BGE 91 II 291 E. 2b und OG AR vom 28. März 1977 = SJZ 75/1979, S. 29.

³⁹ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5, 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; HGer ZH HE190296 vom 28. November 2019 E. 2.2; AppGer BS ZB.2017.49 vom 23. Juli 2018 E. 2.1. Zum Ganzen Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Arbeitsvermittlungsgesetz, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html>, S. 66 ff (zuletzt besucht am 8. Dezember 2023).

diese wie auch die vorangehenden Instandstellungs- und Mängelbehebungsarbeiten der B._____ GmbH in Liquidation, der J._____ AG und in kleinerem Umfang der K._____ GmbH weitervergeben habe. Daneben scheint gemäss der Übersicht der Klägerin offenbar auch die Al._____ AG für die C._____ GmbH tätig gewesen zu sein (Replik Rz. 31; RB 5). Dass formell wohl bei der B._____ GmbH in Liquidation angestellte Mitarbeiter (vgl. RB 10 ff.) Arbeiten am Grundstück der Beklagten ausgeführt haben, erscheint anhand der zahlreichen Akten (z.B. Bausitzungsprotokoll [RB 29 f.], Zutrittslisten [RB 35 ff.], E-Mails an und von der Bau- bzw. Fachleitung [RB 31 f., 55, 57 und 61], Rechnungen [RB 46 ff., und 70 f.], etc.) nachvollziehbar. Es handelt sich bei Gipser- und Trockenbauarbeiten auch zweifellos um Arbeiten, die ihrer Art nach pfandberechtigt sind. Es fragt sich jedoch, in welchem Verhältnis die B._____ GmbH in Liquidation zur C._____ GmbH stand.

Die beteiligten Subunternehmen (die B._____ GmbH in Liquidation, die J._____ AG, die K._____ GmbH und die Al._____ AG) waren nach der Darstellung der Klägerin nicht je für ausscheidbare (Teil-) Werke zuständig, sondern im Wesentlichen für ein und dieselben Leistungen, welche die C._____ GmbH der Beklagten versprochen hatte. Es handelte sich mithin nicht um klassische Nebenunternehmer, die je ein in sich geschlossenes Teilwerk versprechen. Auch kann es offenkundig nicht Sinn und Zweck gewesen sein, dass sich jedes der Unternehmen je einzeln zur Herstellung desselben Werkes verpflichtete, noch wurde vorgebracht oder ist ersichtlich, dass sich die Unternehmen als ARGE solidarisch zur gemeinsamen Erfüllung zusammengeschlossen hätten, zumal anscheinend je separate Verträge mit der C._____ GmbH bestanden (vgl. KB 6). Die Klägerin bringt in diesem Zusammenhang denn auch vor, dass im Zeitpunkt des Vertragschlusses noch nicht absehbar gewesen sei, welche Arbeiten erledigt werden mussten. Die Arbeiten hätten jeweils im Wochen- bzw. Tagestakt koordiniert werden müssen, sodass keine vorgängige örtliche Zuteilung von einzelnen Bauabschnitten oder Baubereichen an die einzelnen Subunternehmer erfolgt sei. Aufgrund des kurzfristigen Abzugs der ARGE sei es gar nicht möglich gewesen, die Arbeiten anders als auf diese Weise zu organisieren und im Regietarif abzurechnen. Dies liesse jedoch darauf schliessen, dass die B._____ GmbH in Liquidation, die J._____ AG, die K._____ GmbH und die Al._____ AG sich primär dazu verpflichteten der C._____ GmbH Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen, je nach Bedarf und grundsätzlich frei austauschbar, und nicht zur Erstellung eines bestimmten Werks. Der ins Recht gelegte Subunternehmervertrag zwischen der B._____ GmbH in Liquidation und der C._____ GmbH vom 17. November 2021 (KB 6) umschreibt das zu erstellende Werk denn auch nicht weiter, sondern erwähnt in Ziff. I lediglich, dass die B._____ GmbH in Liquidation "nach jeweiliger Absprache Arbeiten für den Unternehmer [die C._____ GmbH]" ausführen soll, wofür die B._____ GmbH in Liquidation im Stundenlohn entschädigt werde. Gewährleistungsrechte der C._____ GmbH werden nicht

erwähnt. Eine diesbezügliche Haftung erschiene auch praktisch wenig zweckmässig, da eine Ausscheidung der Arbeiten und Verantwortlichkeiten angesichts der von der Klägerin behaupteten Arbeitsorganisation schwierig bis unmöglich sein dürfte (vgl. auch unten E. 5.2.3 ff.). Diese Indizien sprechen eher für eine in unselbständiger Stellung erbrachte Leistung – unter den Anweisungen bzw. der Verantwortung der C._____ GmbH –, mithin für ein Dienstverschaffungsverhältnis.

Weiter waren die B._____ GmbH in Liquidation und die C._____ GmbH organisatorisch miteinander verflochten. So traten Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation, namentlich der offenbar federführende Vorarbeiter P._____ und der Geschäftsführer F._____, primär unter dem Namen der C._____ GmbH in Erscheinung bzw. wurden als solche aufgeführt (vgl. etwa RB 29 ff. und 58 ff.). Weiter fällt auf, dass auf diversen Schreiben und Dokumenten der C._____ GmbH die Telefon-Nr. von F._____ (vgl. RB 62) als Kontakt angegeben wurde (vgl. RB 27, 48 f. und 52). Die Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation verfügten über E-Mail-Adressen der C._____ GmbH. F._____ hatte gemäss den Ausführungen der Klägerin sogar Zugriff auf die allgemeine E-Mail-Adresse der C._____ GmbH ("info@C._____.ch"), was selbst für sich bekannte Handwerker ungewöhnlich erscheint, zumal die E-Mail auch für die übrigen Geschäfte der C._____ GmbH verwendet worden sein dürfte.

Auch ist auf dem Werkvertrag zwischen der Beklagten und der C._____ GmbH vom 29. März 2022 (KB 8) P._____ von der B._____ GmbH in Liquidation als Kontakt der C._____ GmbH aufgeführt. Ihm kam offenbar in der Tat eine gewisse Leitungs- und Koordinationsfunktion bei den Gips- und Trockenbauarbeiten der diversen "Subunternehmer" zu. Er nahm an den Bausitzungen teil (RB 29), war jeweils im Verteiler der E-Mails der Bauleitung (vgl. etwa RB 31, 32, 39, 55 und 57) und als Kontakt bzw. verantwortliche Person in den Pendenzenlisten der Bauleitung bzw. Fachbauleitung aufgeführt (RB 55-60). Gemäss den Ausführungen der Klägerin wurden auch die Regierapporte (RB 48) und Bautagebücher (RB 62 ff.) von ihm erstellt – allerdings unter der Firma C._____ GmbH (hierzu unten E. 5.2.2). Wem sein Tätigwerden zuzurechnen ist, der B._____ GmbH in Liquidation als Arbeitgeberin oder der C._____ GmbH als Auftraggeberin bzw. Leiherrin, oder ob sich die B._____ GmbH in Liquidation und die C._____ GmbH allenfalls sogar zu einer stillen Gesellschaft zusammengeslossen hatten, ist angesichts der augenscheinlich engen Beziehung zwischen der B._____ GmbH in Liquidation und der C._____ GmbH unklar.

Insgesamt bestehen am behaupteten Subunternehmervertrag zwischen der B._____ GmbH in Liquidation und der C._____ GmbH Zweifel. Namentlich sprechen diverse Indizien dafür, dass die B._____ GmbH in Liquidation nicht in selbständiger Verantwortung ein Werk erstellte, sondern der C._____ GmbH bloss Mitarbeiter zur Verfügung stellte. Wer letztlich die

Verantwortung für das Werk trug, ist nicht zuletzt auch aufgrund der personellen und organisatorischen Verflechtung zwischen den beiden Unternehmen unklar. Diese Frage kann jedoch offenbleiben. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, hat es die Klägerin unterlassen bzw. gelang es ihr nicht, die behauptete Vergütungsforderung und damit die Pfandsumme ausreichend zu substantiieren.

5. Pfandsumme

5.1. Anerkennung der Vergütungsforderung

5.1.1. Parteibehauptungen

5.1.1.1. Klägerin

Die Klägerin behauptet, es bestehe ein offener Forderungsbetrag der Klägerin (ursprünglich der B._____ GmbH in Liquidation) gegenüber der C._____ GmbH von Fr. 2'439'725.00 für unter dem Subunternehmervertrag vom 17. November 2021 (KB 6) erbrachte Leistungen. Die Schlussrechnung sei von der C._____ GmbH mit dem handschriftlichen Vermerk "Geprüft und verbucht", Stempel und Unterschrift auch anerkannt worden (Klage Rz. 16; KB 11). Die C._____ GmbH habe weiter mit Schreiben vom 11. Oktober 2022 bestätigt, dass sie die Schlussrechnung so akzeptiere, sie jedoch nicht in der Lage sei, die bestehende Forderung zu begleichen (Klage Rz. 18; KB 14). Die C._____ GmbH habe Bestand und Höhe der Pfandsumme somit ausdrücklich anerkannt (Klage Rz. 36).

5.1.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Ausführungen der Klägerin. Auch sei die angebliche Anerkennung durch die C._____ GmbH irrelevant. Sollte die C._____ GmbH den Umfang der geleisteten Stunden anerkannt haben, habe sich die B._____ GmbH in Liquidation (bzw. die Klägerin) an die C._____ GmbH zu halten (Antwort Rz. 31 und 33). Weiter bringt die Beklagte vor, die Klägerin anerkenne in Replik Rz. 93 selbst, dass zwischen den beiden Unternehmen bzw. deren Geschäftsführer eine Nähe bestehe und die B._____ GmbH in Liquidation keinerlei Massnahmen getroffen habe, um die angebliche offene Forderung einzutreiben. Damit habe etwa auch die Bestätigung vom 21. August 2023 keinerlei Beweiskraft (Duplik Rz. 44).

5.1.2. Rechtliches

Die Eintragung des Baupfandrechts im Grundbuch erfordert die Angabe einer bestimmten Pfandsumme (Art. 794 Abs. 1 ZGB). Die Pfandsumme wird durch die sicherzustellende Forderungssumme i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB bestimmt,⁴⁰ welche als Anspruchsvoraussetzung vom Pfandgläubiger zu behaupten und zu beweisen ist (Art. 8 ZGB; vgl. oben E. 3). Ob die Anerkennung einer Forderung durch einen General- oder Subunternehmer der Anerkennung durch den Eigentümer gleichgestellt werden kann, wurde

⁴⁰ SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 513.

vom Bundesgericht bisher offengelassen. Es bezeichnete dies jedoch ausdrücklich als "fraglich".⁴¹ In der Literatur wird diese Frage soweit ersichtlich verneint: Die Anerkennungserklärung des Bestellers binde den Drittpfand-eigentümer nicht.⁴² Art. 839 Abs. 3 ZGB schliesse es aus, dass das Gericht einzig und allein auf die Forderungsanerkennung durch den Besteller des Baupfandgläubigers abstellen und die Pfandsumme gestützt darauf bestimmen dürfe. Eine Forderungsanerkennung des Bestellers, die vom Unternehmer rechtzeitig behauptet und genügend substantiiert worden sei, sei hingegen ein Beweismittel, dessen Beweiskraft vom Gericht zusammen mit allen anderen abgenommenen Beweisen und Gegenbeweisen zu würdigen sei. Das Gericht habe den Inhalt der betreffenden Forderungsanerkennung durch Auslegung zu ermitteln und zu berücksichtigen, wie und gestützt auf welche Unterlagen wie Werkvertrag, Regierapporte, Ausmassurkunden usw. die Forderung vom Besteller anerkannt worden sei. Weiter könne der Grundeigentümer, der als Drittpfand-eigentümer nicht der Schuldner des Unternehmers sei, gegenüber dem Unternehmer nicht nur Einreden aus dem Pfandverhältnis geltend machen, sondern auch alle Einreden, welche dem Forderungsschuldner gegenüber dem Unternehmer zuständen.⁴³

5.1.3. Würdigung

Der Auffassung der obgenannten Lehre ist grundsätzlich beizupflichten: Die Anerkennung der Werklohnforderung durch die Forderungsschuldnerin (vorliegend die C._____ GmbH) kann nicht mit einer Anerkennung der Pfandsumme durch die Drittpfand-eigentümerin (vorliegend die Beklagte) im Verfahren auf definitive Eintragung des Baupfands gleichgesetzt werden. Bestreitet die Beklagte als Grundeigentümerin die Vergütungsfor-derung und damit die Höhe der Pfandsumme, so hat die Klägerin dessen Bestand zu beweisen. Die schriftliche Anerkennungserklärung durch die C._____ GmbH unterliegt – wie jedes andere Beweismittel – der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (Art. 157 ZPO).⁴⁴

Wie bereits ausgeführt (oben E. 4.3) waren die B._____ GmbH in Liquidation und die C._____ GmbH personell und organisatorisch miteinander verflochten. Wer letztlich die Verantwortung für das Werk trug, ist unklar. F._____ war zudem bis vor einigen Jahren Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ GmbH, womit das Verhältnis zwischen F._____ und I._____ enger gewesen sein dürfte, als es die Schilderungen der Klägerin nahelegen (vgl. etwa Replik Rz. 46, 47 und 93). Wird zudem der Darstellung der Klägerin gefolgt, wären nicht nur sämtliche Handwerkerarbeiten von der B._____ GmbH in Liquidation und den übrigen Subunternehmern ausgeführt worden, sondern es wären auch die Leitung und Koordination des Projekts, die grundsätzlich der C._____ GmbH als Bestellerin bzw.

⁴¹ BGer 4A_152/2009 vom 29. Juni 2009 E. 3.3.

⁴² SCHUMACHER/REY (Fn. 29), N. 519.

⁴³ SCHUMACHER, BR 2009, S. 163 ff.

⁴⁴ Vgl. auch KGer GR ZK1 19 89 vom 17. Dezember 2019 = PKG 2019 S. 37 ff. E. 6.

"Hauptunternehmerin" auferliegen würden, übertragen worden. Insofern erscheint fraglich, inwiefern die C._____ GmbH bzw. dessen Geschäftsführer, I._____, der die Forderungsanerkennung unterzeichnete, überhaupt in der Lage gewesen wäre, die Höhe der Aufwendungen der B._____ GmbH in Liquidation zu beurteilen. Dass er diesbezüglich über die relevanten Informationen verfügt hätte, wird nicht behauptet und ist aus den Akten nicht ersichtlich. Die C._____ GmbH hat namentlich die angeblich von der B._____ GmbH in Liquidation erstellten Regierapporte nicht unterzeichnet (RB 48; vgl. unten E. 5.2). Dass I._____ von der C._____ GmbH diese überhaupt gesehen hätte, wurde nicht behauptet. Zwar bringt die Klägerin vor, die (unter dem Logo der C._____ GmbH) erstellten Regierapporte seien von der C._____ GmbH dafür verwendet worden, Rapportabrechnungen (RB 49) zu erstellen. Diese seien jedoch von F._____ (von der B._____ GmbH in Liquidation) an die H._____ verschickt worden (Replik Rz. 75). Auf den Rapportabrechnungen ist denn neben der allgemeinen E-Mail-Adresse (info@C._____.ch), auf die auch F._____ Zugriff hatte, die Mobilnummer von F._____ im Briefkopf angegeben. Insofern ist nicht erkennbar und wurde auch nicht behauptet, dass I._____ hiermit etwas zu tun hatte. Auch periodische Zwischenabrechnungen oder ähnliches wurden nicht ins Recht gelegt, obwohl gemäss Subunternehmervertrag vom 17. November 2021 grundsätzlich vorgesehen gewesen wäre, dass die Regiearbeiten monatlich in Rechnung gestellt werden (KB 6, Ziff. II). Insofern bestehen starke Zweifel, dass die Anerkennung der Forderung das Ergebnis einer seriösen Prüfung durch die C._____ GmbH gewesen wäre.

Auch hat die B._____ GmbH in Liquidation trotz ihrer Mahnungen (KB 12 f.) bisher keine Betreibung gegen die C._____ GmbH eingeleitet. Eine Betreibung wurde erst im Juli 2023 anlässlich des Parteiwechsels der B._____ GmbH in Liquidation durch die jetzige Klägerin eingeleitet. Gegen den entsprechenden Zahlungsbefehl vom 27. Juli 2023 hat die C._____ GmbH am 8. August 2023 jedoch Rechtsvorschlag erhoben (Replik Rz. 94; RB 75). Am 6. April 2023 wurde zudem die "C._____ Gipsergeschäft GmbH" gegründet, welche wie die C._____ GmbH ebenfalls an der U-Strasse [...] in S._____ domiziliert ist. Als Gesellschafter und Geschäftsführer ist bei der C._____ Gipsergeschäft GmbH jedoch nicht I._____, sondern AK._____ aufgeführt. Angesichts der Firmen, der identischen Domiziladressen, des im Wesentlichen identischen Gesellschaftszwecks und des Zeitpunkts der Gründung im Zuge der Rechtsstreitigkeiten um das Neubauprojekt der Beklagten erscheint ausgeschlossen, dass die C._____ GmbH mit der C._____ Gipsergeschäft GmbH nichts zu tun hätte bzw. der Zeitpunkt der Neugründung reinem Zufall geschuldet wäre. Der C._____ GmbH bzw. I._____ dürfte vielmehr die Gefahr einer Betreibung und Konkureröffnung bewusst gewesen sein – wenn diese mangels Betreibung, namentlich durch die B._____ GmbH in Liquidation, damals auch noch nicht erfolgt war. Dass es sich bei der Anerkennung der Vergütung durch die C._____

GmbH um ein ernsthaftes Schuldbekenntnis handelte, ist auch vor diesem Hintergrund zweifelhaft.

Zusammengefasst kann die C._____ GmbH nicht als neutrale Drittperson angesehen werden. Vielmehr lässt deren Verflechtung mit der B._____ GmbH in Liquidation wie auch die übrigen Umstände vermuten, dass es sich bei der Anerkennung der Forderung der B._____ GmbH in Liquidation um eine reine Gefälligkeit handelte, sofern nicht gar von mit der B._____ GmbH in Liquidation gleichgerichteten Interessen ausgegangen werden muss. Demnach ist der Beweis für die Vergütungspflicht bzw. die Pfandsomme nicht erbracht. Die von der Klägerin gegenüber der C._____ GmbH behaupteten Forderungen sind daher nachfolgend einzeln zu prüfen.

5.2. Regiearbeiten

5.2.1. Rechtliches

Ist der Preis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt (Art. 374 OR). Vertragsarbeiten, die nach Aufwand abgegolten werden, werden gemeinhin als Regiearbeiten bezeichnet.⁴⁵ Grundlage der Preisfestsetzung bildet der bei sorgfältigem Vorgehen objektiv notwendige Aufwand, für welchen der Unternehmer die Beweislast trägt.⁴⁶ Der geltend gemachte Aufwand muss so dargelegt werden, dass auch dessen Notwendigkeit und Angemessenheit überprüft werden kann. Dies setzt nachvollziehbare Angaben zu den erbrachten Arbeiten und den dafür aufgewendeten Arbeitsstunden voraus.⁴⁷ Ungenügend sind namentlich blosse tabellenförmige Zusammenstellungen darüber, an welchem Datum welche Mitarbeiter für wieviele Stunden eingesetzt worden sind. Notwendig sind vielmehr hinlängliche Angaben zu den erbrachten Arbeiten. Fehlen diese ganz oder beschränken sie sich auf Stichworte bzw. vage und unverständliche Beschreibungen, genügen sie den Substantiierungsanforderungen nicht.⁴⁸ Fordert der Unternehmer die Vergütung von Leistungen nach Regie, trifft ihn folglich die Behauptungs- und Beweislast für seinen Arbeits- und Materialaufwand sowie dafür, dass die ausgeführten Arbeiten vereinbart bzw. angeordnet und der nachgewiesene Aufwand erforderlich war.⁴⁹ Im Übrigen kann auf die oben in E. 2 allgemeinen Ausführungen zur Verhandlungsmaxime verwiesen werden.

⁴⁵ GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N. 948 und 969.

⁴⁶ BGE 96 II 58 E. 1; BGer 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3; GAUCH (Fn. 45), N. 965; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, 7. Aufl. 2020, Art. 374 N. 18 m.w.N.

⁴⁷ BGer 4A_271/2013 vom 26. September 2013 E. 6.2.

⁴⁸ BGer 4A_446/2020 vom 8. März 2021 E. 6.1.

⁴⁹ HGer ZH HG180085 vom 9. Juni 2021 E. IV.2.3.2 m.w.N. Vgl. auch BGer 4A_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.2, 4A_15/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.3.

Dem Nachweis des Arbeits- und Materialaufwands des Unternehmers für Leistungen in Regie dienen in der Praxis die Regierapporte. Ein vom Besteller (oder seinem bevollmächtigten Vertreter) unterzeichneter Regierapport begründet eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dafür, dass die im Regierapport enthaltenen Angaben über die Art und die Mengen des Aufwandes richtig sind und der ausgewiesene Aufwand nötig war.⁵⁰ Diese Vermutung lässt sich durch Gegenbeweis entkräften. Dazu genügt es allerdings nicht, dass der Bauherr die Richtigkeit später bestreitet oder geltend macht, die Bauleitung habe ohne Prüfung unterzeichnet. Vielmehr hat er durch substantiierte Bestreitungen und Gegenbeweise begründete Zweifel an der Richtigkeit zu wecken, damit die Vermutung entfällt. Erst nach Entkräftung der Vermutung trägt jene Partei die Beweislast für die Richtigkeit des Inhalts des Regierapports, die sich darauf beruft.⁵¹

5.2.2. Regierapporte

5.2.2.1. Parteibehauptungen

5.2.2.1.1. Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die C._____ GmbH habe die ARGE abgelöst, die ursprünglich mit einem Teil der Gipser- und Trockenbauarbeiten betreut worden sei. Der Arbeitsumfang der ARGE habe ca. 80-85% der Gipser- und Trockenbauarbeiten im EG sowie sämtliche Arbeiten im 1. und 2. OG des Neubaus umfasst. Die Arbeiten am 2. OG seien im Rahmen der Ablösung der ARGE an die E._____ AG vergeben worden, die übrigen an die C._____ GmbH, welche die Arbeiten grösstenteils an die B._____ GmbH in Liquidation bzw. die J._____ AG vergeben habe. Die Arbeiten hätten Ausbesserungs- und Instandstellungsarbeiten umfasst (Instandstellung der bereits von der ARGE montierten Trockenbauwände nach Systemhalter und nach Vorgaben des Brand- und Schallschutz sowie der Erdbebensicherheit und die Instandstellung der Arbeiten an den Wanddurchführungen, Türöffnungen und Fensteröffnung) sowie die Vervollständigung der begonnenen Arbeiten (insbesondere Montage von Trockenbauwänden inkl. Stahlkonstruktionen für Türen- und Schiebetüren, Wand-, Boden und Fensteranschlüsse, Zargen, etc.) (RB 42 f.). Hierfür habe die B._____ GmbH in Liquidation mit ihren Subunternehmern Arbeiten geleistet, welche gemäss Subunternehmervertrag vom 17. November 2021 (KB 6) in Rechnung gestellt worden seien. Insgesamt habe die B._____ GmbH in Liquidation mit ihren Subunternehmen Arbeitsleistungen von insgesamt Fr. 1'794'081.25 (exkl. MwSt.) erbracht (Replik Rz. 66 ff.).

Von November 2021 bis März 2022 seien vor allem Instandstellungsarbeiten für die bestehenden Qualitätsmängel der Arbeiten der ARGE im Vordergrund gestanden, welche in Regierapporten von P._____ von der B._____ GmbH in Liquidation erfasst worden seien (RB 48). Basierend auf

⁵⁰ BGer 4C.227/2002 vom 24. Januar 2003 E. 4; GAUCH (Fn. 45), N. 1019 ff. und 1028.

⁵¹ HGer ZH HG180085 vom 9. Juni 2021 E. IV.2.3.2 m.w.N.

den Rapporten habe die C._____ GmbH Rapportabrechnungen zuhanden der Beklagten erstellt (RB 49). Rapporte und Rapportabrechnungen seien in der Regel durch F._____ von der B._____ GmbH in Liquidation an G._____ von der H._____ AG versandt worden (Replik Rz. 75 f.; RB 33 f). Im Juli und August 2022 seien weitere Regierapporte erstellt worden, weil über die vereinbarten Leistungen gemäss Werkvertrag hinaus noch weitere Arbeiten hätten erledigt werden müssen. Insbesondere hätten Wände aufgrund zusätzlich gewünschter Bohrungen teilweise wieder zurückgebaut und bestehende Zargen demontiert werden müssen (vgl. RB 31). Auch diese Regierapporte seien von P._____ von der B._____ GmbH in Liquidation erstellt worden (Replik Rz. 79).

5.2.2.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet im Wesentlichen konsequent, dass die B._____ GmbH in Liquidation irgendwelche Leistungen bzw. solche im geltend gemachten Umfang erbracht hätte (im Einzelnen Duplik Rz. 60 ff.). Betreffend die Regierapporte im Speziellen bringt sie vor, der pauschale Verweis der Klägerin auf die 77 Regierapporte genüge den prozessualen Anforderungen nicht. Selbst wenn die Regierapporte als Teil der Rechtschriften zu betrachten wären, sei die Bezeichnung der angeblich erbrachten Leistungen sehr vage und beschränke sich auf Stichworte. Den Regierapporten liessen sich auch keine Namen von Mitarbeitern entnehmen, womit unklar sei, wer die aufgeführten Arbeiten erbracht haben soll. Die Rapporte seien weder datiert noch unterzeichnet. Zudem bestünden eklatante Diskrepanzen zwischen den eingereichten Stundenlisten und den Regierapporten. So werde im Regierapport Nr. 1 etwa unter "Gipser mit Werkzeug" für den 16. November 2021 "18 x 10.25", für den 17. November 2021 "18 x 9.25", für den 18. November 2021 "16 x 9.25" und für den 19. November 2021 "16 x 8.25" ausgewiesen. Ein Vergleich mit der Stundenliste (RB 44) zeige jedoch, dass am 16. und 17. November 2021 lediglich 7 Mitarbeiter im Einsatz gewesen sein sollen, davon nur 5 Gipser. Am 18. und 19. November 2021 seien es 8 Mitarbeiter gewesen (davon 5 Gipser). Gemäss Regierapport Nr. 2 sollen am 18. und 19. November 2021 nochmals 3 bzw. 2 "Gipser mit Werkzeug" je 9.25 bzw. 8.25 Stunden im Einsatz gewesen sein. Hinzu komme, dass gemäss Regierapport Nr. 2 insgesamt 72 Stunden für die "Beseitigung von Bauabfällen" aufgewendet worden sein sollen, es sich bei diesen aber um nicht pfandberechtigte Reinigungs- bzw. Entsorgungsarbeiten handle (Duplik Rz. 71 ff. und Rz. 78).

5.2.2.2. Würdigung

Wie die Beklagte zu Recht vorbringt, sind die eingereichten Regierapporte (RB 48 ff.) nicht unterzeichnet – weder von der Beklagten als Bauherrin bzw. deren Bauleitung, noch von der C._____ GmbH. Es besteht mithin keine natürliche Vermutung für deren Richtigkeit und Erforderlichkeit. Aufgrund der Bestreitungen der Beklagten konnte sich die Klägerin auch nicht auf eine allgemeine Umschreibung der Arbeiten beschränken und sich im

Übrigen auf die Regierapporte berufen. Es ist nicht Sache des Gerichts oder der Beklagten, sich die Grundlagen für die Vergütungsforderung der B._____ GmbH in Liquidation (bzw. nunmehr der Klägerin), die gesichert werden soll, aus den eingereichten Beilagen zusammenzusuchen (vgl. oben E. 2.4).

Im Übrigen ergibt sich aus den Regierapporten nicht, von wem die beschriebenen Arbeiten ausgeführt wurden. Gemäss der Darstellung der Klägerin habe die B._____ GmbH in Liquidation nicht nur die Arbeiten ihrer Mitarbeiter und ihrer Subunternehmer geleitet und koordiniert, sondern auch jene der weiteren Subunternehmer der C._____ GmbH, namentlich der J._____ AG und deren Subunternehmer. Dies erklärt die von der Beklagten zu Recht erwähnten Diskrepanzen zwischen der Anzahl eingesetzter Arbeiter und Arbeitsstunden gemäss den Regierapporten und jener gemäss den eingereichten Stundenlisten (vgl. unten E. 5.2.3), da in ersteren offenbar auch die Stunden der Arbeiter der weiteren "Nebenunternehmer" wie der J._____ AG enthalten sind. Folglich lässt sich aufgrund der Regierapporte nicht eruieren, welcher Aufwand der B._____ GmbH in Liquidation letztlich für welche Arbeiten entstanden ist (vgl. auch Replik Rz. 40 und 66, wonach "praktisch die gesamten Arbeiten" bzw. die Arbeiten "grösstenteils" an die B._____ GmbH in Liquidation bzw. die J._____ AG vergeben worden seien, wobei unklar bleibt, was darunter konkret zu verstehen ist).

5.2.3. Schlussrechnung und Stundenlisten

5.2.3.1. Parteibehauptungen

5.2.3.1.1. Klägerin

Weiter bringt die Klägerin vor, die Mitarbeiter der beteiligten Subunternehmer hätten ihre Stunden jeweils in Stundenblättern erfasst, welche die B._____ GmbH in Liquidation für die Erstellung der Regierapporte und die Rechnungsstellung aggregiert habe (RB 44 f.; Replik Rz. 71). Basierend hierauf habe die B._____ GmbH in Liquidation der C._____ GmbH Rechnung gestellt. Aus der Schlussrechnung vom 1. September 2022 (KB 11) ergebe sich, dass die B._____ GmbH in Liquidation zusammen mit ihren Subunternehmern Arbeitsleistungen im Umfang von Fr. 1'794'081.25 (exkl. MwSt.) geleistet habe. 19'112 Stunden für Gipser Unterakkord, 3'943.75 Stunden für Schweisser und 3'012 Stunden für Polier und Vorarbeiter, je multipliziert mit den vereinbarten Stundensätzen gemäss Subunternehmervertrag (Replik Rz. 69 und 71 f.).

5.2.3.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet die Schlussrechnung vom 1. September 2022 (KB 11) sowohl in Bestand als auch Umfang vollumfänglich (Duplik Rz. 63), ebenso, dass Leistungen im Umfang der eingereichten Stundenlisten (RB 44 f.) beim Projekt X._____ erbracht worden seien. Die angeblich vorhandenen Stundenblätter der Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation

und der Subunternehmer seien nicht eingereicht worden. Aus den Stundenlisten ergebe sich weiter weder, für welches konkrete Bauprojekt Arbeiten verrichtet worden wären, noch, welche Arbeiten ausgeführt worden sein sollen (Duplik Rz. 64 ff.).

5.2.3.2. Würdigung

Bei den Stundenlisten (RB 44 f.) handelt es sich lediglich um tabellarische Zusammenstellungen darüber, an welchem Datum welche Mitarbeiter für wie viele Stunden eingesetzt worden sein sollen. Sie genügen den Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen im Bauprozess nicht. Eine sinnvolle Bestreitung der behaupteten Arbeiten und deren Umfang war für die Beklagte nicht möglich, ebenso wenig die Beurteilung der Notwendigkeit der behaupteten Arbeiten. Die Schlussrechnung vom 1. September 2022 (KB 6), welche die behaupteten Stunden in aggregierter Form wiedergibt, lässt sich damit nicht überprüfen.

Die Vergütungsforderung lässt sich anhand der Stundenlisten im Übrigen auch nicht im Zusammenspiel mit den Regierapporten plausibilisieren, selbst wenn die Richtigkeit letzterer anerkannt wäre bzw. vermutet würde. Wie erwähnt decken sich die in den Regierapporten aufgeführten Stunden und die Anzahl Mitarbeiter nicht mit den Stundenlisten und die Arbeiten lassen sich auch nicht einzelnen Mitarbeitern bzw. Unternehmern zuordnen. Die B._____ GmbH in Liquidation dokumentierte in den Regierapporten offenkundig nicht bloss ihre eigenen Leistungen, sondern auch jene der übrigen "Nebenunternehmer" (vgl. oben E. 5.2.2.2). Eine Zuordnung der Stunden gemäss Stundenliste zu den Arbeiten gemäss Regierapporten ist somit nicht möglich.

5.2.4. Rechnungen der Subunternehmer der B._____ GmbH in Liquidation

5.2.4.1. Parteibehauptungen

5.2.4.1.1. Klägerin

Weiter reicht die Klägerin Rechnungen von Subunternehmern der B._____ GmbH in Liquidation über insgesamt Fr. 724'539.41 (inkl. MwSt.) ein. Aus den Rechnungen sei ersichtlich, dass die Arbeiten für das Bauprojekt der Beklagten erbracht worden seien (Replik Rz. 73 f.; RB 46 f.). In den Fr. 724'539.41 seien die Leistungen der Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation und die an die C._____ GmbH verrechnete Marge für Leistungen der Subunternehmer der B._____ GmbH in Liquidation noch nicht enthalten (Replik Rz. 74; vgl. KB 6 und RB 20).

5.2.4.1.2. Beklagte

Die Beklagte bringt vor, der pauschale Verweis der Klägerin auf die Rechnungen der Subunternehmer sei prozessrechtlich unzulässig, und die Rechnungen würden auch nicht dazu taugen nachzuweisen, dass (und

welche) Leistungen für das Bauprojekt der Beklagten erbracht worden wären. Die Rechnungen würden keine detaillierte Beschreibung der angeblich erbrachten Arbeiten enthalten. Auch seien darin etwa 102 Stunden für Reinigungsarbeiten enthalten, die nicht pfandberechtigt seien (Duplik Rz. 68).

5.2.4.2. Würdigung

Die Rechnungen der diversen Handwerker, welche an die B._____ GmbH in Liquidation ausgestellt wurden, mögen zwar belegen, dass die B._____ GmbH in Liquidation weitere Unternehmer zur Erledigung der Arbeiten beigezogen hat. Der Beklagten ist jedoch zuzustimmen, dass die Rechnungen bestenfalls stichwortartige Beschreibungen der Leistungen enthalten, soweit es sich nicht etwa um Akontorechnungen mit pauschalem Hinweis wie "Trockenbauarbeiten / Schweissarbeiten" und ohne Angabe der eingesetzten Arbeitsstunden handelt. Da seitens der Klägerin keine Ausscheidung nach Werkteilen für einzelne Subunternehmer bzw. überhaupt für die Gipser- und Trockenbauarbeiten am Grundstück der Beklagten behauptet wurde, liesse sich aber ohnehin nur im Rahmen einer Einordnung der Arbeiten der Subunternehmer der B._____ GmbH in Liquidation in die weiteren Gipser- und Trockenbauarbeiten beurteilen, ob die Leistungen gerechtfertigt waren. Entsprechende Vorbringen fehlen jedoch. Es bleibt letztlich unklar, welches Unternehmen welche Gipser- und Trockenbauarbeiten ausgeführt hat (vgl. oben E. 5.2.2.2 und 5.2.3.2). Die Klägerin überlässt es im Wesentlichen der Beklagten bzw. dem Gericht, die Arbeiten zu systematisieren und deren Umfang und Notwendigkeit zu überprüfen. Damit kommt sie ihrer Behauptungs- und Substantiierungspflicht nicht nach.

5.2.5. Materialbestellungen

5.2.5.1. Parteibehauptungen

5.2.5.1.1. Klägerin

Schliesslich macht die Klägerin geltend, die B._____ GmbH in Liquidation habe Material im Wert von Fr. 1'321'903.00 (exkl. MwSt.) geliefert und verbaut. Dies ergebe sich aus der Schlussrechnung der B._____ GmbH in Liquidation (KB 11, S. 2). Den grössten Teil des Materials, konkret im Umfang von Fr. 904'647.66 (inkl. MwSt.), habe die B._____ GmbH in Liquidation bei diversen Lieferanten bezogen, namentlich bei der Klägerin, wobei das Material unter Hinzurechnung einer Marge einschliesslich Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Risiko und Gewinn der C._____ GmbH weiterverrechnet worden sei. Die Klägerin reicht hierzu diverse Lieferantenumrechnungen inkl. aggregierter Übersicht (RB 70 f.) sowie Lieferscheine (RB 72) ins Recht. Aus den Rechnungen und Lieferscheinen sei ersichtlich, dass diese auf die B._____ GmbH in Liquidation ausgestellt seien und das Material für das Bauprojekt X._____ auf dem Grundstück der Beklagten bestimmt gewesen sei (Replik Rz. 85 ff.).

Zudem habe die B._____ GmbH in Liquidation Material aus ihrem eigenen Magazin auf die Baustelle geliefert und im Rahmen ihrer werkvertraglichen

Leistungen für die C._____ GmbH auf der Baustelle verbaut. Aus den Materiallieferungsrapporten (RB 73 f.) sei ersichtlich, dass zwischen Dezember 2021 und Mai 2022 Material im Umfang von total Fr. 261'252.24 (exkl. MwSt.) geliefert und verbaut geworden sei. Auch dieses sei zuzüglich Zuschlägen für allgemeine Kosten, Risiken und Gewinn der C._____ GmbH weiterverrechnet worden (Replik Rz. 88).

Für Transporte auf der Baustelle habe die B._____ GmbH in Liquidation auch regelmässig den Kran der AL._____ AG auf der Baustelle verwendet. Dies sei ihr zwischen Januar 2021 und August 2022 mehrfach in Rechnung gestellt worden (Replik Rz. 89; RB 70 S. 48-69).

5.2.5.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet, dass die B._____ GmbH in Liquidation Baumaterial im Wert von Fr. 1'321'903.00 geliefert und verbaut habe. Im Subunternehmervertrag seien keine Materiallieferungen vereinbart worden. Betreffend die von Lieferanten bezogenen Materialien habe es die Klägerin unterlassen im Einzelnen zu behaupten und zu belegen, welches konkrete Material wann, wo und zu welchem Preis eingekauft worden sei. Damit genüge die Klägerin den Substantiierungsanforderungen nicht. Aus dem Umstand, dass die B._____ GmbH in Liquidation Material eingekauft und weiterverrechnet habe, folge mitnichten, dass dieses auf dem Grundstück der Beklagten verbaut worden wäre, was denn auch bestritten werde. Die Klägerin belege nicht einmal, dass das Material überhaupt auf der Baustelle der Beklagten angeliefert worden sei. Keiner der eingereichten Belege oder Lieferscheine sei unterzeichnet. Der Vollständigkeit halber werde auch die Angemessenheit der (nicht näher substantiierten) Marge der B._____ GmbH in Liquidation bestritten. Auch aus dem Umstand, dass die Lieferantenrechnungen (teilweise) die Adresse der Beklagten als Baustelle aufführe, folge nicht, dass effektiv Material dorthin geliefert worden und dieses auch verbaut worden wäre (Duplik Rz. 86 ff.). Die Beklagte bestreite auch die pauschal behauptete Lieferung und den Einbau von Material aus dem Magazin der B._____ GmbH in Liquidation. Die Klägerin behauptete und belege nicht im Einzelnen, welches konkrete Material wann, wo und zu welchem Preis geliefert worden sein solle (Duplik Rz. 91).

Die [Material-] Rapporte seien zudem nicht unterzeichnet. Es sei völlig unklar, ob und wann diese Materialien auf die Baustelle geliefert worden sein sollen. Es stelle sich zudem die Frage, ob die Adresse nachträglich eingefügt worden sei; auf den Rapporten fehle im Bereich, in welchem sich die Objekt-Adresse befinde, die Rahmenlinie. Auch bezüglich der angeblichen Materiallieferungen aus dem Magazin sei festzuhalten, dass – selbst wenn der Klägerin der Beweis der Lieferung gelingen würde – aus dem Umstand der Lieferung nicht folge, dass dieses auch verbaut worden wäre, was bestritten werde. Die Rapporte würden weiter Positionen wie Bohrerhammer, Rollgerüst, Plasmaschneider, Bosch Schrauber Akku, Handreissägen,

Winkelschleifer (Rapport vom 18. Januar 2022), Hilti Bohrer (Rapport vom 21. Februar 2022), Schweissgerät, LED Scheinwerfer (Rapport vom 9. Februar 2022), Schweissausrüstung, Leitern, Kabelrollen (Rapport vom 2. März 2022) enthalten. Dabei handle es sich offensichtlich nicht um Material, welches verbaut werde, mithin nicht um Material im Sinne von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Duplik Rz. 92 ff.).

Schliesslich werde bestritten, dass die B._____ GmbH in Liquidation den Kran der AL._____ AG auf der Baustelle verwendet habe. Die Klägerin substantiiere nicht, wofür der Kran verwendet worden sei. Im Übrigen handle es sich auch dabei nicht um pfandberechtigte Materialien (Duplik Rz. 95).

5.2.5.2. Würdigung

Da die eingereichten Regierapporte nicht unterzeichnet wurden (vgl. vorstehend E. 5.2.2.2), besteht auch keine natürliche Vermutung für die Richtigkeit und Notwendigkeit des darin verkündeten Materialaufwands. Auch die nicht unterzeichneten Materiallieferungsrapporte (RB 73) vermögen diesen Nachweis nicht zu erbringen. Im Übrigen überlässt es die Klägerin abermals der Beklagten bzw. dem Gericht, sich die notwendigen Informationen aus den eingereichten Unterlagen zusammenzusuchen und kommt damit ihrer Behauptungs- und Substantiierungspflicht nicht nach. Namentlich wurde in den Rechtsschriften nicht ansatzweise ausgeführt, wofür welches Material benötigt wurde. Im Übrigen hat der Unternehmer für die notwendigen Hilfsmittel, Werkzeuge und Gerätschaften auf seine Kosten zu sorgen, soweit keine anderweitige Verabredung oder Übung besteht (Art. 364 Abs. 3 OR). Dies trifft namentlich auf den behaupteten Mietaufwand für den Kran sowie weitere Gerätschaften, Werkzeuge und Hilfsmittel zu, wie sie exemplarisch auch von der Beklagten genannt wurden. Hierfür stand der B._____ GmbH in Liquidation keine Vergütung zu, zumal keine anderweitige Vereinbarung oder Übung behauptet wurde.

Da im Einzelnen nicht klar ist, welche Arbeiten durch die B._____ GmbH in Liquidation erledigt wurden (vgl. vorstehend E. 5.2.2.2, 5.2.3.2 und 5.2.4.2), lässt sich der Materialaufwand jedoch ohnehin nicht sinnvoll plausibilisieren. Die entsprechende Vergütung kann somit nicht gerichtlich beurteilt werden.

5.2.6. Weitere Unterlagen

Darüber hinaus reicht die Klägerin eine Vielzahl weiterer Unterlagen ein, aus denen sich die von der B._____ GmbH in Liquidation geleisteten Gips- und Trockenbauarbeiten ergeben sollen (vgl. RB 51 und Replik Rz. 77 [Teilzahlung Nr. 8]; RB 53 ff. und Replik Rz. 80 [Bestandesaufnahme und Pendenzenlisten bei Einstellung der Arbeiten]; RB 58 ff. und Replik Rz. 82 f. [exemplarische Pendenzenlisten gemäss "Dalux Field"-Programm und Fertigstellungsmeldung]; RB 62 ff. und Replik Rz. 83 [Bautagebuch]). Die entsprechenden Tatsachenbehauptungen werden von der Beklagten

im Einzelnen bestritten (vgl. Duplik Rz. 76, 79 und 82 f.). Diese mögen zwar darauf schliessen lassen, dass Gipser- und Trockenbauarbeiten durch die C._____ GmbH (und/oder deren Subunternehmer) auf dem Grundstück erledigt wurden und Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation, namentlich P._____, involviert waren. Weder alleine noch in Verbindung mit dem bisher Gesagten ergibt sich jedoch, in welchem Umfang die B._____ GmbH in Liquidation Handwerkerleistungen erbracht hätte und schon gar nicht, dass diese notwendig und angemessen und damit im Sinne von Art. 374 OR entschädigungspflichtig gewesen wären.

5.3. Fazit

Es bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass Mitarbeiter der B._____ GmbH in Liquidation Leistungen im Zusammenhang mit dem Neubauprojekt X._____ der Beklagten erbracht haben. Der der B._____ GmbH in Liquidation entstandene Aufwand, nach dem sich deren Vergütung (Art. 374 OR) und damit die Pfandsumme des Bauhandwerkerpfandrechts richtet, lässt sich mangels substantiiertes Behauptungen jedoch nicht ansatzweise beurteilen. Die Klägerin überlässt es im Wesentlichen der Beklagten bzw. dem Gericht, die notwendigen Informationen und Querbezüge in bzw. zwischen den zahlreichen Informationsquellen zu suchen, um den Umfang und die Notwendigkeit der von der B._____ GmbH in Liquidation geleisteten Arbeiten zu überprüfen – soweit die eingereichten Unterlagen hierfür überhaupt tauglich sind. Auf die Abnahme weiterer Beweise ist zu verzichten, da die Beweisabnahme nicht dazu dienen soll, ungenügende Parteivorträge zu ergänzen.

Der Antrag der Klägerin auf definitive Eintragung des beantragten Bauhandwerkerpfands ist demnach abzuweisen und das Grundbuchamt Q._____ ist anzuweisen, die Vormerkung auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Q._____ der Beklagten zu löschen.

6. Eventualbegehren

Die Klägerin beantragt für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass es sich beim Grundstück der Beklagten um Verwaltungsvermögen handle (womit die Eintragung eines Grundpfands nicht möglich wäre), die Errichtung bzw. Feststellung einer gesetzlichen einfachen Bürgschaft gemäss Art. 839 Abs. 4-6 ZGB (Replik Rz. 20 ff.). Da auch die Bürgschaftshaftung des Gemeinwesens voraussetzt, dass die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer anerkannt oder gerichtlich festgestellt sind, sind die Eventualbegehren aus den bereits dargelegten Gründen ebenfalls abzuweisen. Damit kann auch die Frage, ob es sich beim Grundstück der Beklagten um Verwaltungsvermögen handelt, letztlich offenbleiben.

7. Prozesskosten

Abschliessend sind die Prozesskosten zu verlegen.

7.1. Verlegung

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend unterliegt die Klägerin vollumfänglich, sodass ihr die Prozesskosten aufzuerlegen sind.

7.2. Streitwert

Bei der Festsetzung der Prozesskosten ist vom eingeklagten Streitwert auszugehen. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Zinsen werden nicht zum Streitwert gerechnet. Somit ist von einem Streitwert von Fr. 2'439'725.00 auszugehen.

7.3. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend allein aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz für die Entscheidgebühr beträgt bei einem Gesamtstreitwert von Fr. 2'439'725.00 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 10 VKD Fr. 33'868.65, welche von der Klägerin zu tragen sind. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

7.4. Parteientschädigung

Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. Die Grundentschädigung beträgt bei einem Gesamtstreitwert von Fr. 2'439'725.00 gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 10 AnwT Fr. 75'394.80. Dadurch sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Für den doppelten Schriftenwechsel sowie die Hauptverhandlung erfolgt ein Zuschlag von praxisgemäss je 20 %. Mit der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 108'700.00.

7.5. Neuverlegung der Prozesskosten des Summarverfahrens

Schliesslich sind die Prozesskosten des Summarverfahrens HSU.2022.40 (vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) dem Verfahrensausgang entsprechend neu zu verlegen. Demzufolge sind die Gerichtskosten von Fr. 1'000.00 von der Klägerin zu tragen. Entsprechend hat die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 1'000.00 zurückzuerstatten. Überdies hat die Klägerin die von der Beklagten bezahlte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'985.00 zurückzuerstatten und der Beklagten eine Parteientschädigung in derselben Höhe zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

Die Klage vom 15. März 2023 wird **abgewiesen**.

2.

Das Grundbuchamt Q._____ wird angewiesen, die gemäss Verfügung des Vizepräsidenten vom 21. Dezember 2022 zugunsten der Klägerin provisorisch angeordnete Vormerkung für das Grundstück Grdst.-Nr. aaa GB Q._____ (E-GRID: CH bbb) für eine Pfandsumme von Fr. 2'439'725.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 5. Oktober 2022 **zu löschen**.

3.

3.1.

Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens in Höhe von Fr. 33'868.65 sind von der Klägerin zu tragen und werden mit deren Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

3.2.

Die Klägerin hat der Beklagten für das vorliegende Verfahren eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 108'700.00 zu bezahlen.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten des Verfahrens HSU.2022.40 in Höhe von Fr. 1'000.00 werden der Klägerin auferlegt. Sie hat der Beklagten den Betrag von Fr. 1'000.00 zu ersetzen.

4.2.

Die Klägerin hat der Beklagten die ihr für das Verfahren HSU.2022.40 zugesprochene Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'985.00 zurückzuerstatten.

4.3.

Die Klägerin hat der Beklagten für das Verfahren HSU.2022.40 eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'985.00 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 8. Dezember 2023 mit Abrechnung)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 8. Dezember 2023)

- das Grundbuchamt Q._____ (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 8. Dezember 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Sulser